

# 「向左走還是向右走？」解構鄰地通行權訴訟——從臺灣嘉義地方法院100年度訴字第302號判決談起

陳品好\*

戴旻諤\*\*

## 壹、本件判決歷審概述

X為150之1地號土地之所有權人，主張150之1地號土地為與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用之袋地，多年來通行經過Y所有之147、148地號土地與P所有之146地號土地，以便與公路聯絡。惟Y於2011年封閉147、148地號土地上之巷道，致其無法通行，爰聲明：(1)確認X對Y所有147、148地號土地如圖所示部分之土地有通行權存在。(2)確認X對P所有146地號土地如圖所示部分之土地有通行權存在。(3)Y、P應將上開土地通行權範圍內之地上物除去，提供X安設電線、水管、瓦斯管或其他管線及開設道路以供通行（下合稱甲方案）。

一審法院判決<sup>1</sup>駁回X請求後，X另於二審追加Z為備位被告，請求通行另一側Z所有之110地號土地<sup>2</sup>，並追加備位聲明：(1)確認X對Z所有110地號土地，如圖所示部分之土地有通行權存在。(2)Z不得在上開土地之通行權範圍內設置地上物，並提供X安設電線、水管、瓦斯管或其他管線及開設道路以供通行（下稱乙方案）。

二審法院判決駁回X就甲方案之請求，並就乙方案部分之請求判決X勝訴<sup>3</sup>。Z遂提起上訴，最高法院廢棄二審法院判決，發回更審<sup>4</sup>；更一審法院仍判決X就乙方案部分請求勝訴<sup>5</sup>，最高法院再度廢棄更一審法院判決，發回更審，並認更審前原審既認定X係提起先、備位之訴，併將其請求通行甲方案之先位之訴予以駁回，而X未聲明不服，則該部分

\* 本文作者係國立臺灣大學法律學研究所碩士

\*\* 本文作者係國立臺灣大學法律學研究所碩士

註1：參見臺灣嘉義地方法院100年度訴字第302號判決。

註2：該110地號土地係合併自原同小段第110之8、110之9、110之20、150地號土地，其中110之9、110之20、150地號土地原為訴外人所有，於本件訴訟繫屬中已移轉所有權予Z，因與本件爭點無關，為求論述簡潔，茲簡略記載為Z所有之110地號土地。

註3：參見臺灣高等法院臺南分院101年度上易字第80號判決。

註4：參見最高法院103年度台上字第93號判決。

註5：參見臺灣高等法院臺南分院103年度上更（一）字第4號判決。

自己確定<sup>6</sup>。更二審法院則認為，x之甲方案先位請求部分既已確定，非屬審理範圍；至於x就乙方案之備位請求部分，相較於z所抗辯另一僅通行146號土地（原為P所有，嗣由Q因分割繼承取得所有權）之通行及設置管線方案（下稱丙方案），顯非屬對於周圍地損害最少之處所及方法，故亦予駁回<sup>7</sup>。x復提起上訴經最高法院裁定駁回<sup>8</sup>，全案確定，形成x請求均無理由而無路可走之結果。

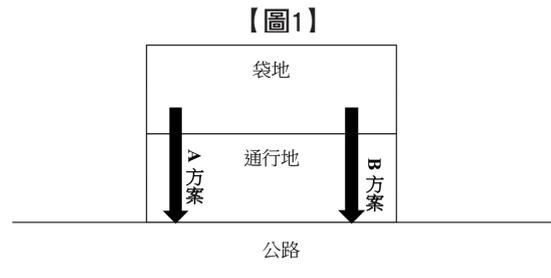
## 貳、程序爭議——鄰地通行權訴訟之類型論

本件二審x先位請求通行Y、P所有之土地（甲方案），遭法院判決駁回未經上訴，僅z就其備位請求敗訴部分（乙方案）提起上訴，臺灣高等法院臺南分院103年度上更（一）字第4號判決認為，於此情形，應類推適用民事訴訟法第56條規定，z上訴之效力及於先位請求；而最高法院105年度台上字第1439號判決則採相反見解，而廢棄該更一審判決發回原審，更二審亦採最高法院之見解，僅以原備位請求之乙方案為審判範圍，駁回x之請求，造成x主張之鄰地通行權存在卻無路可走之窘境。有鑑於此，在程序爭議方面，本文擬聚焦於鄰地通行權訴訟中法院就通行方案裁量權之檢討。此涉及確認鄰地通行權之訴訟，其訴訟類型究屬確認或形成訴訟，抑或兩者兼具？據此分析此類訴訟中處分權主義之聲明拘束性緩和程度、法院就

通行方案（即通行處所及方法）之裁量權限、上訴效力等課題，進而謀求當事人程序利益保護、訴訟經濟維護及鄰地通行權訴訟之紛爭解決實效。

### 一、實務見解

#### （一）相同通行土地上之數通行方案



依【圖1】所示，袋地所有人訴請確認就通行土地如A方案之通路有通行權存在，法院審理後認為依B方案通行始為對通行土地損害最少之處所及方法，針對就相同通行土地上有數通行方案（如相異通行面積、方法或路線）之案例類型，究屬確認之訴或形成之訴，實務見解歧異，分述如下：

#### 1. 確認之訴說

由於民法物權編於2009年1月12日增訂第787條第3項規定，準用同次修法新設第779條第4項規定。本說即參酌民法第779條第4項立法理由：「第4項訴訟性質係屬形成之訴，對於何謂鄰地之損害最少之處所及方法，審理法院不受當事人聲明之拘束，得依職權認定之。『惟若主張有通過權之人或異議之人請求對特定之處所及方法確認其有無

註6：參見最高法院105年度台上字第1439號判決。

註7：參見臺灣高等法院臺南分院105年度上更（二）字第13號判決。

註8：參見最高法院107年度台上字第1445號裁定。

通過之權時，則非形成之訴，而為確認之訴，此際，法院即應受當事人聲明之拘束。」又各該訴訟均以有通過權為其勝訴之前提要件，故訴訟中法院必須審酌主張有通過權人之土地是否符合第一項前段規定，乃屬當然」，就此情形，依原告之聲明係就「某特定位置、範圍之土地通行權」，請求法院予以具體確認，為確認之訴，非形成之訴，法院應受原告聲明之拘束（即A方案），不能依職權認定原告聲明以外之通行處所及方法（即B方案），故如A方案非屬對通行土地損害最少之處所及方法，應駁回原告之請求<sup>9</sup>。

## 2. 兼具形成之訴說

本說立基於臺灣高等法院暨所屬法院87年法律座談會民事類提案第9號之研討結果<sup>10</sup>，認為確認通行權存在之訴兼具形成之訴之性質，法院對於民法第787條第2項「擇其周圍地損害最少之處所及方法」，係依職權加以審認，除當事人提起確認之訴有確認判決之效力

外，亦有形成判決之效力，自不以當事人所聲明請求之通行處所及方法為限。當事人所為通行處所及方法之聲明（即A方案），如同請求分割共有物判決分割方法之聲明，僅供法院之參考，法院所認定通行之處所及範圍（即B方案），既係在有通行權人之通行土地之內，仍屬其聲明範圍之內，即非訴外裁判，因此法院判決確認通行權之路寬、路線，雖與原告聲明不同，亦勿庸駁回原告之訴<sup>11</sup>。

此外，由於確認通行權存在之訴，兼具形成之性質，當事人主張之通行方案，並非確認通行權存在訴訟之訴訟標的，縱使原告於訴訟中就同一通行土地另追加或變更其他通行方案，仍屬於原確認通行權訴訟之聲明範圍內，故僅為民事訴訟法第256條所定更正事實上及法律上之陳述，而非訴之追加、變更<sup>12</sup>。

## 3. 折衷說

本說衡諸當事人處分權主義與程序

註9：參見臺灣高等法院臺南分院93年度上易字第18號判決；臺灣高等法院臺中分院102年度上易字第137號判決；臺灣高等法院花蓮分院106年度上字第49號判決；臺灣高等法院高雄分院106年度上易字第353號判決、107年度上字第204號判決、108年度上易字第130號判決。

註10：臺灣高等法院暨所屬法院87年法律座談會民事類提案第9號研討結果：「土地所有人之通行權，性質上為土地所有人所有權之擴張，與鄰地所有權之限制，土地所有人於具備必要通行權之要件後，即有通行周圍地以至公路之權利，不以經由法院判決為必要，故當事人就某特定位置、範圍之土地通行權發生爭議時，可以起訴請求確認解決，其訴訟性質即屬確認之訴。惟當事人就同一土地或數所有人之不同土地，可供通行之損害最少之處所及方法，有數相同者存在，起訴請求解決時，此際，其訴訟性質即屬形成之訴」。

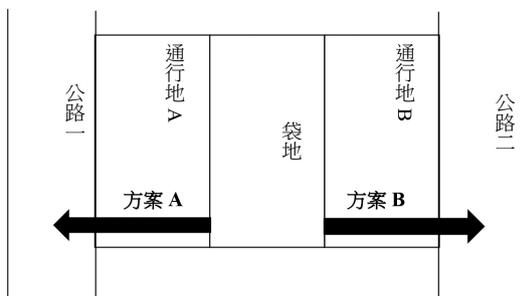
註11：參見臺灣高等法院臺南分院90年度上字第146號判決；臺灣高等法院臺中分院101年度上易字第431號判決、101年度上易字第422號判決、106年度上字第306號判決；臺灣高等法院100年度上易字第1262號判決、107年度上字第118號判決、107年度上字第315號判決。

註12：參見臺灣高等法院臺南分院90年度上字第146號判決；臺灣高等法院臺中分院100年度上易字第228號判決；臺灣高等法院107年度上字第118號判決。

選擇權之精神，認應以原告是否另聲明「請求法院依職權認定通行他人土地損害最小之處所與方法」，或其經法院闡明後所陳明者究為確認或形成之訴為準<sup>13</sup>，抑或考量當事人具體主張、抗辯之內容以判定係屬確認或形成之訴，例如：原告明示不同意聲明以外其他通行方案，即屬確認之訴<sup>14</sup>；原告陳明通行方案可由法院調整，或依情形堪認兩造就通行權之範圍及方法均有爭議，即屬形成之訴<sup>15</sup>。

## （二）相異通行土地上之數通行方案

【圖2】



依【圖2】所示，袋地所有人訴請確認就通行地A之A方案通路有通行權存在，法院審理

後認為依B方案通行B地始為對周圍地損害最少之處所及方法，針對此類相異通行土地上之數通行方案之案例類型，亦即本件判決案例類型（甲、乙方案係通行相異土地），多數見解認為，如B方案所通行之土地不在原聲明確認通行權之土地範圍內，則非屬原確認通行權訴訟之聲明範圍內，當事人即須透過訴之追加、變更，而訴請確認就被通行土地B之B方案通路有通行權存在，法院始可就B方案加以裁判<sup>16</sup>。準此，如數通行方案牽涉相異通行土地，除非原告將所有通行土地均納入聲明確認通行權之土地範圍<sup>17</sup>，否則法院縱認原告聲明範圍外之通行土地B上B通行方案，係對周圍地損害最少之處所及方法，仍應受原告聲明確認之土地範圍所拘束，應駁回原告之訴。在此意義上，於此情形似屬確認之訴。

## 二、學說見解

### （一）確認之訴說

有論者認為，相較於民法中較無爭議之形

註13：參見臺灣高等法院臺中分院101年度上易字第293號判決、101年度上字第362號判決、104年度上字第403號判決、105年度上易字第308號判決、105年度上字第334號判決、106年度上易字第163號判決、106年度上易字第292號判決、106年度上易字第359號判決、107年度上易字第409號判決、107年度上字第463號判決、108年度上字第176號判決；臺灣高等法院高雄分院107年度上字第66號判決。

註14：參見臺灣高等法院臺中分院100年度上易字第471號判決。

註15：參見臺灣高等法院96年度重上字第575號判決、101年度上易字第909號判決；臺灣高等法院臺中分院103年度上字第210號判決、108年度上字第67號判決。

註16：臺灣嘉義地方法院100年度訴字第302號判決（本件一審判決）認為，乙方案始為損害最少之處所及方法，惟乙方案所通行之土地不在X原聲明確認通行權之土地範圍內，故法院駁回X之請求；而臺灣高等法院臺南分院105年度上更（二）字第13號判決（本件更二審判決）認為，丙方案始為損害最少之處所及方法，惟丙方案所通行之土地不在X上訴聲明確認通行權之土地範圍內，故法院駁回X之請求。另參臺灣高等法院臺中分院100年度上易字第228號判決。

註17：參見臺灣高等法院暨所屬法院105年法律座談會民事類提案第10號之法律問題：「原告甲起訴主張伊所有土地為袋地，須通行毗鄰被告乙所有土地A部分，始能與公路聯絡，訴請確認其對被告乙所

成之訴之實體法依據，如民法第56條第1項、第244條第1項、第2項、第4項、第1052條第1項等規定，均以明文要求權利人必須經由法院判決以行使權利，然法定通行權之實體法依據來自民法第787條第1項及第2項前段規定，該法規並未要求其向法院提起訴訟，與一般而言應據以提起形成之訴之實體法形成權有別，是通行權訴訟在實體法上缺少得據以提起形成之訴之形成權依據，應屬確認之訴；且由民法第787條第3項準用民法第779條第4項之「鄰地所有人有異議時，有通過權之人或異議人得請求法院以判決定之」規定，在文義之反面解讀下，民法第787條第1項及第2項前段規定乃在嚴格限定通行範圍之要件下，直接賦與袋地所有權人通行周圍地權利，袋地所有權人對周圍地所有權人之法定通行權，在其符合法律所定之要件下即成立，既非由袋地所有權人單方意思表示所創設，亦不必由法院裁判所形成，僅在「有異議時」之時，始由法院解決其紛爭，循此脈絡，法院於通行權訴訟，乃進行判斷、認定袋地所有權人之系爭通行範圍是否「必要」、是否為「周圍地損害最少之處所及方法」，具有強烈之確認之訴性格<sup>18</sup>。

## （二）形式的形成訴訟說

另有論者認為，關於民法第787條第1項鄰

地通行請求權之具體內容，於有通行權之人與周圍地所有人間，就通行之範圍及方法達成協議者，固得依其協議之範圍及方法通行，若雙方就通行範圍及方法不能達成協議時，有通行權人此一請求權因無具體內容，尚須透過法院之裁判使其具體化（形成），此部分之裁判，係關於通行範圍及方法之決定，為事實爭執而非法律關係爭執之判斷，類似分割共有物之訴中，關於分割方法之判斷，兼有實質上要件欠缺之形成權性質，故鄰地通行權具有物上請求權與實質上要件欠缺之形成權之雙重性格。故有通行權人對周圍地所有人提起之通行訴訟，原告之聲明若為確定之通行範圍（及方法），則應屬形式上形成訴訟。實務上，有通行權人提起訴訟時，多以確認之訴以為主張。惟被告若對於原告主張通行範圍及方法既有爭執，則原告通行之範圍並非單依原告一方之主張即可確定，故民法第787條第1項所謂「擇其周圍地損害最少之處所及方法」係屬法院職權之行使，不受當事人聲明之拘束，亦無庸駁回原告之訴，其訴訟應屬形式的形成之訴而非確認之訴<sup>19</sup>。

## （三）區分說

有論者謂，法院有關鄰地通行權之判決，為認定之性質，抑為創設的性質，應分別情

有土地A部分有通行權。經法院審理並斟酌被告乙之抗辯後，認由A部分土地通行，非損害最少之處所及方法，通行毗鄰丙所有土地B部分，方為損害最少之處所及方法，乃駁回原告甲之訴。迨上開案件確定後，甲以乙、丙為被告，提起形成之訴，請求法院就前揭乙或丙所有土地損害最少之處所及方法酌定由其通行。問法院斟酌全辯論意旨後，可否認乙所有土地A部分為損害最少之處所及方法，判准甲通行該部分土地？」由此設題觀之，實務上並未排除袋地所有人就相異通行土地上數通行方案提起形成之訴。

註18：參見郭玉林（2018.6），〈法定通行權之審理爭議——以特定訴之聲明為起點〉，《法令月刊》，69卷6期，第79-81頁。

註19：參見陳計男（2001.2），〈鄰地通行之訴〉，收錄於《程序法研究（三）》，第38、40-41頁，三民。

形而為觀察。如通行方向及範圍自始明瞭者，則為認定的（宣言的）判決。例如：袋地被唯一的土地阻隔，而於其地恰有直通公路之車路，則惟此土地之所有人為通行義務人，無須選定必要通路。如於同一土地或數所有人之不同土地，發生有數個客觀的同樣適宜通路之選擇問題，或應於何處以如何寬度開設通路之問題，其必要通路，除當事人另有合意外，由法院以判決選定之者，則為形成的判決。於為選定前，何一土地應為通行地，何一通路應供通行，尚未確定<sup>20</sup>。

嗣於民法物權編增訂第787條第3項後，另有論者提出以下區別標準，理論上言，於符合民法第787條、第788條規定之通行權後，土地所有人之必要通行權已當然存在於特定周圍地之特定處所，無待法院之形成，更不以經法院判決為必要。當事人就某特定位置、範圍之土地通行權發生爭議時，大抵係以訴請確認通行權存否之訴訟為之，此際，法院判決特定之通行處所或道路有通行權存在，不過是將之具體確定而已，自屬確認之訴而非形成之訴<sup>21</sup>。至於通行地所有人對通行權之主張有異議時，有通行權人或異議人得依民法第787條第3項聲請法院以判決定

之，通行權人或異議人據此提起訴訟者，訴之性質係屬形成之訴，對於何處係周圍地損害最少之處所及如何之方法係損害最少之方法，審理法院不受當事人聲明之拘束，得依職權認定之。易言之，就通行權之存在法院固應審認，但不待法院之形成，法院所形成者乃特定周圍地之損害最少處所及方法（包括得開設道路之寬度及所在）<sup>22</sup>。

### 三、本文見解

#### （一）實體法上非訟化之觀點

首先，關於訴訟類型論，不能單純以給付、確認、形成三種類型將所有訴訟加以歸納、分類，尚有可能分別視其訴訟上請求之性質、聲明內容、法律關係主張而定，兼具其中二種或三種性質者<sup>23</sup>。因此，就鄰地通行權訴訟類型之討論，非預設此類訴訟係歸屬確認或形成之訴，應視訴訟中當事人之聲明、主張、抗辯內容具體判斷是否兼具二者性質。再者，形成之訴並非侷限於實體法上具有形成權法律依據者，另有鑑於實體法上非訟化之「形式的形成訴訟」類型。易言之，實體法上未就法律要件事實或效果予以明定，而係由立法者授權法院依職權裁量法

註20：參見史尚寬（1957.4），《物權法論》，自版，第97頁。

註21：參見謝在全（2014.9），《民法物權論（上）》，6版，第212頁，新學林。然而，論者另強調，自實質觀之，此類訴訟就何處方屬周圍地最少之處所及方法，確包含有頗強之形成要素，法院於依全辯論意旨，對通行權之必要、通行之周圍地及其損害最少之處所均足以確定時，自應就該處所或道路予以確定。通行權人主張有通行權存在，雖其主張之道路並非適當，然尚難解為因此即不要通行。至起訴之原告就此予以明示者，自當別論。

註22：前揭註，第212頁。另同此見解者謂：「如周圍地所有人並未否認土地所有人之袋地通行權，而是不滿袋地通行之條件，或通行方法之適當與否等為其內容，則此種訴訟因為本質並未在釐清有無袋地通行權，自與確認之訴無涉，性質上反應屬於形成之訴矣」，參見朱柏松（2010.3），《民事法問題研究——物權法論》，第100頁，元照。

註23：參見許士宦（2018.8），《民事訴訟法（上）》，增訂1版，第108頁，新學林。

理施加法之評價予以形成，而法院之裁量兼具形成、創設權利之性質（確認性兼形成性），並非僅是單純判斷過去事實存在與否之行為，需求法院為合目的性之裁量、評價，可謂職權主義之色彩濃厚<sup>24</sup>。此項特性為非訟事件之性質，亦即，形式的形成訴訟係「非訟事件之訴訟化審理」類型之一，故原告起訴之聲明對法院無拘束力。例如：裁判分割共有物訴訟中「分割方法」、經界確定訴訟中「兩地經界之確定」，以及民事訴訟法第222條第2項「損害數額酌定」之判斷均屬實體法上非訟化類型，法院就此所為之裁量、評價具有形成性<sup>25</sup>。

由上述實體法上非訟化觀點細譯民法第787條規定，同條第1項係規範鄰地通行權之權利發生要件，僅須符合：(1)與公路無適宜聯絡、(2)無法通常使用、(3)非任意行為所致之要件，鄰地通行權即當然發生<sup>26</sup>，是實體法就鄰地通行權之發生所規定之要件事實明確，無須透過法院判決予以形成、具體化，在此意義上，法院就上開要件即鄰地通行權存否之判斷確僅具有確認性質；然同條第2項係限制鄰地通行權之行使，亦即，就鄰地通行權之具體內容、行使手段（即通行之處所及方法），除袋地所有人與通行地所有人無異議之情形外<sup>27</sup>，應受「對周圍地損害最

少」之限制。法院就「對周圍地損害最少」之判斷，即類似於裁判分割共有物訴訟中「分割方法」、經界確定訴訟中「兩地經界之確定」之判斷，實體法上並未明確規定其要件事實，而係委諸法院裁量、評價就不明確之通行處所及方法予以確定，具有實體法上非訟化之形成性質。

實務上，袋地所有人雖多以「確認就某地通行權存在」、「確認就某地如附圖所示某區域之通行權存在」等確認聲明之形式，提起鄰地通行權訴訟，然而，袋地所有人起訴之目的，經常在於進一步行使鄰地通行權，即通行、開設道路、排除障礙物等，非僅止於確認該通行權之存否。則就此訴訟類型之判斷，即應依當事人主張、抗辯之內容，考量法院有無就鄰地通行權之行使依職權介入為合目的性裁量之必要。詳言之，如當事人僅就鄰地通行權存否有所爭執，但如法院確認通行權存在，通行地上恰有直通公路之路線，且兩造就此並無異議，此際，法院就鄰地通行權之行使即無依職權裁量之必要，法院就鄰地通行權存否之判斷僅具有確認性質，為確認之訴。反之，如當事人間不僅就鄰地通行權存否加以爭執，就鄰地通行權之行使是否合乎「損害最少性」之爭點已顯現，不問原告聲明是否另聲明「請求法院依

註24：參見邱聯恭（2017.9），《口述民事訴訟法講義（三）》，自版，2017年筆記版，第246頁；陳計男，前揭註19，第43頁。

註25：有關裁判分割共有物訴訟中及經界確定訴訟之訴訟類型論之說明，參見前揭註23書，第104-105、108頁；另參見許士宦（2010.3），〈損害數額之酌定〉，《臺大法學論叢》，39卷1期，第79頁。

註26：參見謝在全，前揭註21書，第207-208頁。

註27：依民法第787條第3項準用第779條第4項規定，有關通行處所及方法係以當事人合意（含默示）優先，以此擬制為「損害最少」通行處所及方法，故須當事人就通行處所及方法有所異議時，始由法院介入判斷。

職權認定通行他人土地損害最小之處所與方法」，或陳明為形成之訴，法院就鄰地通行權之行使即有依職權裁量之必要，以終局性、一次性解決有關鄰地通行權所生紛爭，此際，此類訴訟即兼具形成訴訟與確認訴訟之性質，法院不受原告所聲明之通行處所及方法所拘束。

由此觀之，前開實務、學說之「確認之訴訟」，認如原告之聲明係請求法院就「某特定位置、範圍之土地通行權」予以確認者，均屬確認之訴之見解，忽略鄰地通行權行使之實體法上非訟化性質，有欠妥適；而學說之「區分說」中，有認為基於民法第787條第1項請求者為確認之訴，如另依同條第2項為請求者則為形成之訴，以此作形式判斷固然明確，惟鄰地通行權訴訟類型非必然無從兼具確認及形成性質，已如前述，並考量鄰地通行權之存否與行使在訴訟目的、紛爭解決之關聯性，縱然原告僅依民法第787條第1項為請求者，仍應實質探求該訴訟是否有法院介入就鄰地通行權之行使手段為裁量之必要，以定其訴訟類型。

## （二）聲明拘束性之緩和及其界限

依上述說明，如當事人於訴訟中就鄰地通行權之行使手段亦有爭執，即有法院依職權介入為裁量之必要，於此情形係屬形式的形成訴訟，原告聲明之拘束性應予緩和。此外，民法第787條第1項前段所定之通行權，不僅專為調和個人所有之利害關係，且在充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之

社會整體利益，具有強制性質，不容以特約排除適用之或任意預為拋棄<sup>28</sup>。是以，縱令原告聲明請求確認就某通行地A通行方案之通行權存在，且明示不同意聲明以外其他通行方案，如於訴訟中他造就該通行方案提出異議，則基於上述聲明拘束性之緩和之法理，並考量鄰地通行權之強制性、公益性，該權利非屬當事人所得自由處分之事項，法院如認原告主張之鄰地通行權存在，仍不受其所聲明之通行方案所拘束，得就鄰地通行權之通行處所及方法採納其他方案。

然而，鄰地通行權訴訟作為形式的形成訴訟，其聲明拘束性之緩和仍有其界限，法院裁量通行方案不得逾越原告所聲明之通行地範圍。原因在於，為確保當事人對於法之預測可能性，保障其聽審請求權，法院在其裁量之程序過程，應賦予當事人有充分辯論或陳述意見之機會<sup>29</sup>。準此，如通行方案涉及原告聲明外之其他通行地，須將該通行地之所有人併列、追加或變更為當事人，充分保障其程序權，法院始得將其所有之通行地納入裁量通行方案之範圍。依上述說明，於本件案例中，一審X僅列Y、P為共同被告，僅聲明請求通行146、147、148地號土地，縱法院已認定通行Z所有之110地號土地，始屬損害最少之通行處所及方法，仍不得逾越X聲明之土地範圍，而就通行之通行方案為裁量。相對於此，二審X已追加Z為備位被告，並將110地號土地納入聲明範圍，則法院自得於110、146、147、148地號土地間依職權裁量損害最

註28：參見朱柏松，前揭註22書，第99頁。另參見最高法院75年台上字第947號判例、83年度台上字第2239號判決。

註29：參見邱聯恭，前揭註24書，第246頁。

少之通行方案。於此情形，考量形式的形成訴訟之性質，為確保上級審法院就通行方案之裁量權限，以謀求鄰地通行權之紛爭解決一次性，並避免前、後審級認定最少損害通行方案之歧異，以致當事人如本件X徒費訴訟程序，竟陷於無路可走、紛爭再燃之窘境，可謂具有訴訟法上合一確定之必要，故應類推適用民事訴訟法第56條規定，於當事人提起上訴時，一審所審酌之通行方案之共同訴訟人，應一併移審，由上訴審審理<sup>30</sup>。是本件更一審判決謂：「X之先位請求敗訴後，縱未提起上訴，Z既已就備位請求提起上訴，即生全體移審之效力，而阻斷原判決之確定，不應予以割裂處理，以避免裁判矛盾。是認本件先位訴訟部分，因Z就備位訴訟提起第三審上訴，並經第三審法院發回本院審理，類推適用民事訴訟法第56條規定，其效力亦及於先位訴訟部分」之見解<sup>31</sup>，本文透過鄰地通行權訴訟類型論之分析，予以贊同。

### 參、實體爭議——從法學方法論出發

本件最高法院105年度台上字第1439號判決謂：「按土地因與公路無適宜之聯絡，致

不能為通常之使用者，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路，民法第787條第1項定有明文。其目的在使土地與公路有適宜之聯絡，得為通常之使用。倘周圍地所有人非法妨阻土地與公路之聯絡，致土地不能為通常之使用者，土地所有人得請求除去之，尚不得捨此逕請求通行其他土地。」依最高法院見解，X既然早已通行Y、P所有之147、148、146地號土地，縱然通行時遭妨阻，也只能請求Y排除妨阻，而不得請求通行Z所有之110地號土地。

最高法院此項見解來自於最高法院85年台上字第1781號判例，該判例謂：「土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常之使用者，土地所有人得通行周圍地以至公路，民法第787條第1項前段定有明文。其立法意旨在於調和土地相鄰之關係，以全其土地之利用，故明定周圍地所有人負有容忍通行之義務。惟如土地嗣後與公路已有適宜之聯絡，而能為通常之使用者，周圍地所有人自無須繼續容忍其通行，土地所有人不得再主張通行周圍地<sup>32</sup>。」

此外，本件最高法院105年度台上字第1439號判決謂：「96年間法院判決自第150地號土地分割出系爭土地（150之1地號），該判決並分割出第150之2地號土地歸共有人

註30：此際，類推適用民事訴訟法第56條規定，僅針對鄰地通行權訴訟中可能所涉通行方案之共同訴訟人「上訴」之移審效力而言，而非謂於此類訴訟全面適用民事訴訟法第56條規定。另論者強調，民事訴訟法第55條、第56條之適用，重點非在共同訴訟類型之定性，而應考量具體情形分別適用此二規定。亦即，普通共同訴訟仍有適用（準用或類推適用）民事訴訟法第56條之餘地，參見邱聯恭（2017.9），《口述民事訴訟法講義（二）》，自版，2017年筆記版，第308-311頁；許士宦，前揭註23書，第578-581頁。

註31：臺灣高等法院臺中分院101年度上易字第293號判決、106年度上字第113號判決，同此見解。

註32：應注意者，判例的案例事實為：土地的東側已開闢道路而與公路相鄰，因而法院認定土地已非袋地。這與本件案例事實並不相同。

維持共有，供系爭土地通行至P所有第146地號、Y所有第147、148地號土地，連接通往嘉義市中山路176巷道，嗣Y興建車庫，P以鐵皮圍籬圍住其所有上開土地，致系爭土地無法通行至公路，為原審認定之事實。果爾，倘X得排除Y、P之妨阻，則能否謂系爭土地與公路無適宜之聯絡，X得通行Z所有系爭被通行地，即滋疑問。」由此觀之，最高法院之所以認為土地所有權人不得請求通行其他土地，而僅得請求排除原有通行路線上的妨阻，理由在於該土地仍有與公路適宜之聯絡，換言之，非屬袋地。在本件中，最高法院即認為150之1地號土地既然曾經可以通行甲方案，似乎非屬袋地，自然不得主張通行Z所有110地號土地上之乙方案。

### 一、問題提出

然而，依通說見解，民法第774條至第800條之1有關相鄰關係之規定，旨在於必要限度內調整鄰接不動產之利用，以形成相互間均屬有益之生活秩序，相鄰關係性質上為因法律規定所生不動產所有權內容之限制或擴張<sup>33</sup>。換言之，民法第787條賦予袋地的通行權，屬於袋地所有權內容的擴張，因而袋地所有權人能夠對周圍地所有權人主張通行周圍地。

只是，若依前述最高法院見解，認為150之1地號土地曾與公路有適宜聯絡，非屬袋地，150之1地號土地所有權人X該如何對周圍地主張通行、請求排除妨阻呢？此時的150之1

地號土地，因非屬袋地，並無通行權存在，土地所有權內容不發生擴張，周圍地的所有權內容亦不受限制，周圍地的所有權人自可自由使用、收益、處分該土地（當然也包括在自己土地上設置障礙，縱使該障礙妨阻X通行）。倘否定150之1地號土地屬於袋地，X似乎找不到請求權基礎而得請求通行周圍地或排除周圍地所有權人的妨阻。

本文上開疑問源自於兩個最高法院未詳加說明的部分：（一）曾與公路有適宜聯絡而現遭人妨阻聯絡的土地，為何非袋地？理由為何？（二）倘若該土地仍屬袋地，是否就一定可以請求通行周圍地？本件中，150之1地號土地曾可通行147、148地號土地上的巷道以連接至公路，現該巷道遭妨阻，則150之1地號土地是袋地嗎？倘若150之1地號土地是袋地，X可以不請求排除Y與P的妨阻，而請求通行Z所有的110地號土地（乙方案）？本文以下針對這兩個問題，加以說明。

### 二、本文見解

#### （一）曾與公路有適宜聯絡而現遭人妨阻聯絡的土地，是否屬於袋地？

##### 1. 法律解釋

##### A. 文義解釋

文義是法律解釋的開始，也是法律解釋的終點<sup>34</sup>，因為立法者是針對國民而立法，立法者會運用一般的語言，希望國民可以了解法律，而立

註33：參見史尚寬，前揭註20書，第93頁；謝在全，前揭註21書，第188頁；最高法院78年台抗字第355號判例、78年度台上字第1614號判決同此意旨。

註34：參見王澤鑑（2019.9），《法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系》，自版，4版，第195頁。

者也會廣泛地運用法學術語，藉此作精確地陳述，免於繁瑣的說明，這些術語也是以一般語言為基礎<sup>35</sup>。在解釋法律時，法律術語無法獨立於一般語言的用法之外，必然要透過對於一般語言的理解，進而理解法律的核心概念與最大可能的意義範圍。換言之，文義在解釋上一方面可以當作第一個方向指標，另一方面也可以——依當時或今日的語言理解——劃定解釋的界線<sup>36</sup>。

自民法第787條第1項文義觀察可知：「土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路。」只須符合「與公路無適宜之聯絡」、「致不能為通常使用」與「非土地所有人之任意行為所生」，即可主張通行權，而可能為袋地<sup>37</sup>。在「曾與公路有適宜聯絡而現遭人妨阻聯絡的土地」的情形，既然該土地現遭他人妨阻對外聯絡，在民法第787條的文義上，並未

限制該妨阻出現的時間點，因此，縱然土地曾與公路有適宜聯絡而現遭妨阻，仍然該當「與公路無適宜之聯絡」、「致不能為通常使用」與「非土地所有人之任意行為所生」的構成要件。學者史尚寬亦謂：「土地所接公路，惟一時有妨礙，可再回復使用者，亦不妨成立必要通行權<sup>38</sup>。」既然此種情形該當構成要件，則依文義解釋，自得依民法第787條第1項取得通行權。

#### B. 體系解釋

當一種表達方式依其語言用法有多種意義可能性時，通常可由其使用脈絡推知<sup>39</sup>。因為每一個法律上的字句，都緊密交織在法體系中，構成一個有意義的關係，要了解他們，首先應顧上下文，且不得斷章取義<sup>40</sup>。

立法者將民法第787條置於「不動產所有權」一節中，自民法第774條至第800條之1均屬不動產相鄰關係之規定。自民法的外在體系觀察，在民法第787條以外的條文，立法者並

註35：參見Karl Larenz著，陳愛娥譯（1996.12），《法學方法論》，第225頁，五南。

註36：參見前揭註，第229頁。

註37：袋地並非適用民法第787條的唯一可能，只需著眼於「無適宜之聯絡」即可。換言之，縱然有可進出的通路，但不適宜聯絡致不能為通常使用的「準袋地」亦可適用民法第787條取得通行權。參見姚瑞光（2011.2），《民法物權論》，3版，第88頁，弘揚圖書；鄭玉波（2012.8），《民法物權》，18版，第114-115頁，三民書局；謝在全，前揭註21書，第207-208頁。

註38：參見史尚寬，前揭註20書，第94頁。最高法院84年度台上字第1479號判決亦稱：「祇須土地與公路無適宜之連絡，致不能為通常使用，而被通行之土地，又為損害最少之處所，即應認土地所有人有通行之權利，至其前此有無通行他人所有土地，在所不問……縱各該障礙物，係最近一年半前始設置，揆之上開說明，上訴人仍得依民法第787條規定主張鄰地通行權。」

註39：參見Karl Larenz著，陳愛娥譯，前揭註35書，第229頁。

註40：參見黃茂榮（2009.8），《法學方法與現代民法》，自版，6版，第511頁。

未在構成要件排除嗣後妨礙相鄰關係的情形，我們無法單純從條文的構成要件中確認立法者是否有意排除「曾與公路有適宜聯絡而現遭人妨阻聯絡的土地」的情形。不過，我們仍可找到一些蛛絲馬跡。與民法第787條結構類似的民法第786條<sup>41</sup>，其第2項規定：「依前項之規定，設置電線、水管、瓦斯管或其他管線後，如情事有變更時，他土地所有人得請求變更其設置」在行使管線安設權後，縱使發生情事變更，土地所有權人亦不因此失去管線安設權，僅是他土地所有權人得請求變更管線的設置。若依此為體系解釋，曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的土地，亦不因此失去通行權，頂多只是改為通行其他路線而已，此時土地仍屬有通行權的袋地。換言之，從民法相鄰關係規定的體系觀察，袋地對外的聯絡不因嗣後才遭妨阻，而因此失去通行權，這並不改變土地為袋地的性質。

### C. 歷史解釋

假使依一般或法律特殊的語言用法獲得的字義；依法律的意義脈絡，或依法律基本的概念體系所得的解釋結果，仍然包含不同的解釋可能性時，此時就必須探求何種解釋最能配合立

法者的規定意向或其規範想法<sup>42</sup>。而就現行民法而言，值得參考的有民律草案（尤其是立法理由書）、第二次民律草案及有關的立法資料<sup>43</sup>。

民法第787條第1項於1929年公布時（即以民律第二次草案為基礎），其立法理由為：「謹按不通公路之土地，及通公路非常困難之土地，不得不於其四周圍繞地之所有權，量加限制，故許此項土地之所有人，於四周圍繞地有通行權，所以全其土地之用也。但對於通行地，因此所生之損害，應負支付償金之責，故設本條第一項以明示其旨。」由此只能看出立法者欲特別保障不通公路之土地與通公路非常困難之土地，因此給予通行權，並無法確認立法者有意排除曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的土地。

在2009年修正民法第787條第1項時，其修正理由為：「按鄰地通行權係為調和相鄰地關係所定，此項通行權乃就土地與公路無適宜之聯絡者而設。若該土地本與公路有適宜之聯絡，可為通常使用，竟因土地所有人之任意行為而阻斷，則其土地與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，應由土地所有人自己承受，自不

註41：民法第786條第1項：「土地所有人非通過他人之土地，不能設置電線、水管、瓦斯管或其他管線，或雖能設置而需費過鉅者，得通過他人土地之上下而設置之。但應擇其損害最少之處所及方法為之，並應支付償金。」

註42：參見Karl Larenz著，陳愛娥譯，前揭註35書，第232頁。

註43：參見王澤鑑，前揭註34書，第199頁。

能適用第1項有關必要通行權之規定，爰仿德國民法第918條第1項，增訂第1項除外規定，原但書規定移列於第2項並酌作文字修正。至於所謂任意行為（德文willkürliche Handlung），係指於土地通常使用情形下，因土地所有人自行排除或阻斷土地對公路之適宜聯絡而言，例如自行拆除橋樑或建築圍牆致使土地不能對外為適宜聯絡即是。」立法者僅排除因土地所有權人自身任意行為所導致妨阻聯絡的情形，至於他人妨阻聯絡的情形並不在立法者所欲排除的範圍。因此，自歷史解釋，也可以認為曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的土地仍有通行權存在，而屬袋地。

#### D. 目的解釋

目的解釋，係指以法律規範目的，闡釋法律疑義的方法而言。如德國法學者耶林（Rudolf Von Jhering）曾指出：「目的乃係一切法律的創造者。」<sup>44</sup>既然任何法律均有其欲實現之目的，解釋法律應以貫徹目的為主要任務<sup>45</sup>。亦即，人類不是為規範而規範，規範的本身不是終局目

的，人類只是利用規範追求某些目的，而這些目的則又是基於某些（基本的）價值決定所選定，這些目的即（基本的）價值決定便是法律的意旨所在<sup>46</sup>。

民法第774條至第800條之1關於相鄰關係的規定，其目的涉及社會經濟之增進（如民法第775條）、公共衛生之維護（如民法第779條）與紛爭之預防（如民法第774條）<sup>47</sup>。而民法第787條之立法目的在於調和土地相鄰關係，以全土地之利用<sup>48</sup>，最高法院75年台上字第947號判例亦同此見解，認為：「民法第787條第1項所定之通行權，其主要目的，不僅專為調和個人所有之利害關係，且在充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之社會整體利益，不容袋地所有人任意預為拋棄。<sup>49</sup>」由此觀之，民法第787條欲貫徹物盡其用的價值決定，在保障周圍地所有權人完整的使用、收益、處分權能與充分發揮袋地的經濟效用，兩種價值間，立法者選擇追求後者，並以通行償金調和彼此。若以目的解釋，縱使是曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人

註44：參見楊仁壽（2010.5），《法學方法論》，自版，2版，第236頁。

註45：參見前揭註，第236頁。

註46：參見黃茂榮，前揭註40書，第471頁。

註47：參見謝在全，前揭註21書，第188頁。

註48：參見鄭玉波，前揭註37書，第115頁。

註49：最高法院96年度台上字第584號判決亦謂：「按民法第787條之規定，旨在調和相鄰土地用益權之衝突，以充分發揮袋地之經濟效用，促進物盡其用之社會整體利益。」

妨阻的土地，亦應基於追求經濟效用的價值取向，認定屬於袋地而賦予通行權，蓋於此種情況下，土地確實因通行遭妨阻而無法利用，反倒有害社會經濟。

#### E. 解釋的順序

有趣的是，依本文上開法律解釋方法均能論證曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的土地符合鄰地通行權的要件，惟倘若各種解釋結果出現不一致時，是否有其中一種解釋方法應作為優先選擇？有認為各種解釋方法間應「相互補足，共同協力」<sup>50</sup>，然近來也有學者贊同所謂的「初步優位說」，換言之，在解釋要素間有一個初步第一眼即判定的優位順序，但是如果特別強的反對論證，則可以推翻該優位順序<sup>51</sup>。具有初步優位順序者即目的解釋，因在權力分立原則下，司法權不應任意僭越立法者的意思，從而在解釋法律時，立法者的主觀意思應屬司法權須優先判斷者，惟在立法者意思難以探知（不明確）或

顯然與法律的客觀目的相悖時，即可透過其他解釋方法加以推翻。

#### 2. 隱藏的漏洞與目的性限縮？

依上開法律解釋方法，曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的土地將被認定非屬袋地，無法取得通行權。若欲支持前述提及的最高法院見解，可能的方法，即是透過法律漏洞的填補（制定法內之法之續造）。所謂的法律漏洞，是一種法律「違反計畫的不圓滿性」。透過填補法律漏洞，我們能夠消除法秩序中的「體系違反」，俾法律所追求的「價值」，可充分圓滿地獲得實現<sup>52</sup>。而作為法律基礎的規整計畫，則必須透過法律，以歷史解釋及目的論解釋的方式來求得<sup>53</sup>。此外，Larenz將法律漏洞區分為「開放的」漏洞與「隱藏的」漏洞，前者是指就特定類型事件，法律欠缺——依其目的本應包含之——適用規則；後者則是指法律雖然含有得以適用的規則，惟該規則——在評價上並未慮及此類事件的特質，因此，依其意義及目的而言——對此類事件並不適宜<sup>54,55</sup>。

註50：參見王澤鑑，前揭註34書，第230頁。

註51：參見吳從周（2017.11），〈2016年民事法發展回顧：方法論與釋義學之實務觀察〉，《臺大法學論叢》，46卷特刊，第11-12頁。

註52：參見謝在全，前揭註21書，第207-208頁。

註53：參見楊仁壽，前揭註44書，第261頁。

註54：參見Karl Larenz著，陳愛娥譯，前揭註35書，第283頁。

註55：參見Karl Larenz著，陳愛娥譯，前揭註35書，第287頁。

註55：然而，有學者認為隱藏的漏洞並不是在「形式上」（formal）的不足，而是「內容上」（inhaltlich）的不足。也就是說，如果我們期待的是一個在法秩序中完整而正確的法律規定，那麼即使規定本身完整，但結果不正確時，固然可以說這個法律規定「有所欠缺」。但應注意的是，這個時候所欠缺的，不是「某一個」應為而不為之法律規定，而是一個「正確的」法律規定。這種「不正確法律」的存在不應該與法律規定的不存在或欠缺，混為一談。如果漏洞的定義是通說所強

若將曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的土地適用民法第787條，使其取得通行權，會產生不適宜的結果嗎？既然法律解釋的結果將允許通行，並使土地得以物盡其用，最高法院若欲排除此種情形的適用，自應在判決理由中說明為何此時放棄經濟效用的追求。本件最高法院105年度台上字第1439號判決謂：「倘X得排除Y、P之妨阻，則能否謂系爭土地與公路無適宜之聯絡……」似乎是認為X已可請求Y、P停止妨阻，故無另外賦予通行權的必要。然而，如前所述，X請求Y、P停止妨阻有理由的前提是X的150之1地號土地與公路無適宜聯絡而有通行權，若最高法院認為150之1地號土地不符合民法第787條的要件，X該如何對Y、P請求停止妨阻呢？因此，本件最高法院並未充分說明不適宜適用民法第787條的原因。

在另一件判決中，最高法院更具體的說明了原因。最高法院108年度台上字第2215號判決謂：「倘土地原有狀態與公路已有適宜之聯絡，得為通常之使用，因周圍地所有人非法妨阻，致與公路無適宜之聯絡，應由土地所有人請求除去該障礙，不得捨此請求通行其他周圍地，始符立法本旨，俾維持原有法律關係之安定，避免非法因素之介入。」、「原審就原有A路線巷道是否

為適宜之聯絡巷道、及目前之封圍狀態是否合法，竟恣置不論，悉未調查審認，徒以B路線巷道，不符建築土地基本需求，而謂1282地號土地為袋地，進而為不利上訴人之判決，未免速斷。」但是，民法第787條之立法本旨如前所述，在於使土地物盡其用、提升社會整體利益。倘一方面認為土地所有權人應請求除去原有通路的障礙，一方面又認為土地非袋地，反而導致土地所有權人無法擴張所有權內容（因此無法請求除去障礙），此時，將與立法本旨相悖。

另外，維持原有法律關係之安定與避免非法因素之介入，這兩項原因並不適合作為填補隱藏的漏洞的理由，蓋隱藏的漏洞填補（通常是透過目的性限縮），旨在使該法律恢復原規範意旨的原貌，透過限縮的剔除作用，將不合乎規範意旨部分的類型，排除在該法律的適用範圍之外<sup>56</sup>。簡言之，若某類型事實適用法律規範，合乎規範意旨，即無排除之必要。在曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的情形，既然適用民法第787條的結果，符合追求社會整體利益的立法意旨，若以維持原有法律關係之安定與避免非法因素之介入等理由排除適用，亦與立法本旨背道而馳，失去填補漏洞的正當性。因此，本文認為最高法院108年度台上字第2215號判決亦

調的、法律規定的「不完整性」，是應規定且必須規定的法律之欠缺，那麼「不正確」或「不適當」的法律規定存在，似乎就不應該再說是「法律漏洞」。參見吳從周（2006.12），〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮〉，《東吳法律學報》，18卷2期，第129頁。

註56：參見黃茂榮，前揭註40書，第742頁；楊仁壽，前揭註44書，第274頁。

有待商榷之處。事實上，將曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的土地適用民法第787條，賦予通行權，並不違背立法意旨，則難謂有何法律違反計畫的不圓滿狀態，自無法律漏洞存在而須填補可言。

### 3.本件的適用

依法律解釋方法，本文認為，在土地曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的情形，仍屬袋地而取得通行權。此外，亦無將土地曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的情形透過目的性限縮，填補隱藏的漏洞之餘地。從而，在本件中，150之1地號土地曾通行146、147、148地號土地的巷道與公路聯絡，雖於嗣後才遭Y與P妨阻，仍應依民法第787條認定其與公路無適當聯絡，屬於袋地並取得通行權，否則難以排除Y與P的妨阻。

#### (二) 倘若該土地仍屬袋地，是否就一定可以請求通行周圍地？

如前所述，本文認為，在土地曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的情形，仍屬袋地而存有通行權。此時是否意味著袋地所有權人得通行任何周圍地，而非請求排除原有通道的妨阻？答案是：不一定，仍須視何處為損害最少之處所及方法而定。以下對此加以說明：

#### 1.權利發生要件與權利行使手段限制

1929年公布的民法第787條（即以民律第二次草案為基礎）的立法理由提及：「又依前項情形，土地所有權人，對於四周圍繞地既取得通行權後，應於通行必要範圍之內，擇其周圍地損害最少之處所，及其方法為之，以保全四圍鄰地之利益。故設本條第2項以明示其旨。」由此觀之，似乎土地所有權人已取得通行權，始有如何選擇損害最少的處所及方法的問題<sup>57</sup>。而現行民法第787條：「土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路（第1項）。前項情形，有通行權人應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之；對於通行地因此所受之損害，並應支付償金（第2項）。第779條第4項規定，於前項情形準用之。（第3項）」其中第2項也將「有通行權人」作為以周圍地損害最少的處所及方法限制的主體，應可與前開立法理由作相同理解。

本文認為，從條文結構與內容觀察，民法第787條的第1項與第2項其實屬於不同層次的規範，前者是通行權的權利發生要件，後者是通行權的權利行使手

註57：大清民律草案（即第一次民律草案）第1008條第3項亦規定：「前2項情形，通行權人須擇自己所必要及周圍地損害最少之處所及方法為之。」民律第二次草案第790條第3項：「前2項情形，通行權人須擇自己所必要及周圍地損害最少之處所及方法為之。」2次草案中均明示已取得通行權的「通行權人」行使通行權時須符合損害最少的權利行使手段，亦可得此結論。參見潘維和（1982.1），《中國歷次民律草案校釋》，第291、470頁，漢林。

段限制<sup>58</sup>。換言之，僅須該當第1項的構成要件，土地所有權人即取得周圍地的通行權。通行周圍地的哪個部分、如何通行所生的損害最少，則屬通行權應該如何行使的手段限制，並不影響通行權已經存在的前提。學者陳榮宗謂：「必要通行權之發生，係本於法律之規定，於土地與公路無適宜聯絡之狀態存在時，當然發生<sup>59</sup>。」其認為具備民法第787條第1項之權利發生要件後，通行權當然發生，亦與本文見解相合。至於通行權發生後，通行權人應選擇哪塊周圍地、特定周圍地的哪個處所、哪種通行方式，則屬第二層次的權利行使手段限制的問題。

## 2.多數實務見解的再思考

實務上多數事實審判決認為：「有通行權之人因法院之判決，對於通行之處所及範圍取得通行權<sup>60</sup>。」，並於判決主文中記載：「確認原告就被告所有坐落○○市○○區○○段○○○段○○○○○○地號，如附圖所示○部分、面積○○○平方公尺土地有通行權存在。」此乃混淆土地具備通行權的權利發生要

件後，即當然發生，且通行權人應如何通行乃權利行使手段限制，並不影響土地所有權人是否取得通行權。土地所有權人請求通行周圍地而提起訴訟，法院的審理層次應為：（一）該土地是否該當通行權的權利發生要件（是否為袋地、準袋地）與（二）該通行權應如何行使方生最小損害。

於審理權利發生要件時，被告得主張權利障礙事實（如土地已有適宜聯絡、妨阻是因原告任意行為所致等），藉此使通行權不發生。而於審理如何行使通行權時，被告則得主張權利抑制事實（如通行其他周圍地的某處所或以其他方法通行才是損害最小的手段），藉此使原告通行權的行使受到限制，不得對被告所有的土地行使通行權。若法院認定原告以某方法通行被告所有的土地上某處所確實屬於損害最小手段，則判決主文應諭知：「被告應將其所有坐落○○市○○區○○段○○○段○○○○○○地號，如附圖所示○部分、面積○○○平方公尺土地留作通路供原告通行<sup>61</sup>。」或「准原告就其所有坐落○○市○○區

註58：如學者鄭玉波所云：「邊緣可行，勿橫貫中心；徒步能達，莫駕車策馬。」參見鄭玉波，前揭註37書，第115頁。

註59：參見陳榮宗，〈相鄰地必要通行權〉，收錄於《民法物權論文選輯（上）》，第223頁，五南圖書。實務上，臺灣高等法院107年度上字第118號判決認為：「按袋地通行權因民法第787條規定而當然發生，並非因判決而創設……」、臺灣高等法院暨所屬法院87年法律座談會民事類提案第9號研討結果亦認為：「土地所有人之通行權，性質上為土地所有人所有權之擴張，與鄰地所有權之限制，土地所有人於具備必要通行權之要件後，即有通行周圍地以至公路之權利，不以經由法院判決為必要……」。

註60：參見臺灣高等法院106年度上易字第650號判決；臺灣士林地方法院106年度重訴字第133號判決；臺灣臺中地方法院108年度訴字第127號判決等。

註61：如臺灣臺南地方法院108年度營簡字第228號判決所示。

○○段000地號土地，得對於被告所有坐落同段000地號如附圖所示○部分，面積000平方公尺土地，為通行<sup>62</sup>。」較為妥適。

在土地曾與公路有適宜聯絡，而現在遭人妨阻的情形，土地所有權人固然對周圍地有通行權（如前所述，因屬袋地），然是否得主張排除原有通路上的妨阻，仍須視該路線是否為損害最小手段而定。若以其他方法通行其他周圍地上的處所所生損害更小，土地所有權人即不得請求排除原有通路上的妨阻，因縱有通行權，其通行權的行使已遭限制。易言之，對周圍地的通行權仍存在，惟行使通行權的手段要求已改變。土地所有權人必須以其他方法通行其他周圍地上的處所，始符合屬損害最小手段，通行權才不受限制。

此外，實務運作上，原告除主張土地對周圍地有通行權存在外，通常亦會主張被告不得妨阻其通行（應容忍原告通行），並以民法第787條作為請求權基礎，實務判決亦多准許之<sup>63</sup>。然而，民法第787條屬土地相鄰關係的規定，其內容僅作為土地所有權內容擴張的依據，並非獨立權利，因此若欲請求周圍地所有權人排除妨阻或容忍通行，應以民法第767條作為請求權基礎為妥<sup>64</sup>。

### 3.本件的適用

如前所述，X所有的150之1地號土地屬袋地，而對周圍地有通行權存在，本件最高法院105年度台上字第1439號判決認為：「倘周圍地所有人非法妨阻土地與公路之聯絡，致土地不能為通常之使用者，土地所有人得請求除去之，尚不得捨此逕請求通行其他土地。」認為X僅得請求除去Y、P對原有通路（甲方案）的妨阻，不得請求通行Z土地上的乙方案。然而，X應選擇何處通行、以何種方法通行，屬於通行權的權利行使手段，應符合所生損害最小之要求。倘X通行Z所有土地上的乙方案，所生損害較少，X即不得請求除去甲方案上的妨阻，因X已不得對Y、P行使甲方案上的通行權，X自無法以150之1地號土地所有權內容的擴張對Y、P主張民法第767條。

經最高法院105年度台上字第1439號判決廢棄原判決發回更審後的臺灣高等法院臺南分院105年度上更（二）字第13號判決，有意無意地也在進行本文上述的判斷。亦即，若依最高法院意旨，更二審法院大可直接以X僅能請求排除Y、P妨阻並通行甲方案為由，駁回X之請求。然而，更二審法院仍在判決理由中寫道：「而若通行乙案系爭被通行地（即乙方案），通行之範圍達20平方公尺，將使追加被告無法使用

註62：如臺灣高等法院臺中分院104年度上字第319號判決所示。

註63：參見臺灣高等法院臺南分院104年度上字第119號判決；臺灣新北地方法院108年度訴字第1727號判決；臺灣臺中地方法院107年度訴字第1735號判決等。

註64：參見謝在全，前揭註21書，第211頁。

價值超過2,817,600元之土地，且需拆除已有北側及西側建物之一部分，損及現有建物結構……是以，通行乙案系爭被通行地及於乙案系爭被通行地設置管線，相較於附圖2所示編號146-0（A）土地之通行及設置管線方案（即甲方案），顯非屬對於周圍地損害最少之處所及方法，堪以認定。」更二審法院比較甲方案與乙方案所生之損害大小，目的就是在確定X應如何行使通行權。如本文所述，倘X請求排除Y、P妨阻以通行甲方案所生的損害竟大於乙方案，因X行使通行權的手段已遭限制，法院不得容忍X之請求，本件最高法院105年度台上字第1439號判決要旨於此即應限縮。

## 肆、結語

鄰地通行權訴訟相關爭議於學說上甚少為文探討，接觸本案後，始知其中爭議問題不在少數。本文自一件歷時7年許最後竟無路可走之判決出發，嘗試結合實務與學理，解構鄰地通行權訴訟之相關爭議。在程序方面，透過實體法非訟化之觀點，依具體情形分析鄰地通行權之訴訟性質，探討聲明拘束性之緩和其界限，藉以反思如何於鄰地通行權訴訟中，貫徹當事人程序利益保護、訴訟經濟維護及紛爭解決實效。而在實體方面，透過法學方法論的思考，就曾與公路有適宜聯絡而現遭人妨阻聯絡的土地，得否主張鄰地通行權之課題，重新檢討最高法院向來之見解。